

דני"פ 8613/96

דני"פ 1789/98

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

דני"פ 8613/96

מוחמד יוסף ג'בארין

המבקש:

ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או בלהה ברג  
ו/או דנה אלכסנדר ו/או הדס תגרי  
ו/או משה כהן ו/או רינת קיטאי  
ו/או ענת שקולניקוב ו/או גילה שטופלר  
ו/או יוסף ג'בארין ו/או עמרי קאופמן ו/או נטע עמר  
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל  
תי"ד 35401, ירושלים 91352  
טל': 6521218 פקס: 6521219

- נגד -

מדינת ישראל

המשיבה:

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

### סיכומים מטעם המבקש

סיכומים אלו מוגשים בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 12.1.99, והם באים במקום הסיכומים, שהוגשו בעבר בתיק זה מטעם המבקש.

## פתח דבר

1. סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, התש"ח-1948 קובע כדלקמן:

"המפרסם, בכתב או בעל פה, דברי שבת, אהדה או עידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או לאיומים במעשי אלימות כאלה... ייאשם בעבירה, ובצאתו חייב בדין, יהא צפוי לעונש עד שלוש שנים או לקנס עד 1000 לירות או לשני העונשים גם יחד".

במסגרת דיון נוסף זה מתבקש בית המשפט לקבוע, כי העבירה של פרסום דברי שבת, אהדה או עידוד למעשי אלימות דורשת קיום של קשר הסתברותי בין פרסום דברי השבת, האהדה או העידוד לבין סיכון התרחשותם של מעשי אלימות בעקבות הפרסום. כמו כן מתבקש בית המשפט לקבוע, כי הקשר ההסתברותי, הטמון בעבירה זו, הוא קשר של ודאות קרובה, שהפרסום יגרום למעשי אלימות.

## הרקע העובדתי

2. המבקש הוא עיתונאי ואיש חינוך מאום אל פחם. בשנת 1994 הורשע המבקש בבית משפט השלום בחדרה בעבירה לפי סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור בעקבות פרסום שלושה מאמרים פובליציסטיים ספרותיים, העוסקים באינתיפאדה. על המבקש הוטלו 15,000 ש"ח קנס ומאסר על תנאי של שנתיים למשך שלוש שנים.

3. המבקש ערער על ההרשעה ועל חומרת העונש לבית המשפט המחוזי בחיפה. במסגרת הדיון בערעור ביקשה המשיבה לשכנע את בית המשפט לחזור בו מהלכה קודמת, בה קבע, כי העבירה לפי סעיף 4(א) דורשת הוכחת וודאות קרובה לכך שכתוצאה מפרסום דברי השבת, העידוד או האהדה לאלימות אכן יתרחשו מעשי אלימות (ע"פ 266/92 חביב נ' מ"י, מיום 26.11.92).

4. בית המשפט המחוזי דחה את טענת המשיבה, וחזר ואישר את הלכתו הקודמת. יחד עם זאת דחה בית המשפט את ערעור המבקש בקובעו, ללא הנמקה, כי מפרסום המאמרים אכן נשקפה סכנה בדרגה של וודאות קרובה.

5. המבקש הגיש בקשת רשות ערעור לבית משפט נכבד זה. השאלה המשפטית, אותה העלה המבקש בבקשתו, היא משמעותו ומרכיביו של מבחן הוודאות הקרובה במסגרת הגדרתה של עבירה פלילית. המשיבה הסכימה לבקשת רשות הערעור, אך לא מטעמי המבקש. המשיבה ציינה בתגובתה, כי בקשת רשות הערעור שהגישה כנגד פסק הדין בעניין תביב נדחתה ללא הנמקה על ידי הנשיא לשעבר שמגר (רע"פ 171/93 מ"י נ' תביב, מיום 10.3.93). עוד ציינה המשיבה, כי קיים פסק דין סותר של בית משפט השלום בירושלים [שביתתיים אושר על ידי בית המשפט המחוזי, די יז], ובשל מחלוקת זו מן הראוי שבית משפט זה יכריע לגבי פרשנות העבירה.

6. לפיכך ניתנה רשות ערעור. בית המשפט הנכבד קיים ביום 6.5.96 דיון ממושך ומקיף בערעור. המשיבה הודיעה לבית המשפט, כי היא מסכימה לזיכוי המבקש מהרשעתו לגבי שני המאמרים הראשונים, אך היא תומכת בהרשעתו לגבי המאמר השלישי. במסגרת הדיון נפרשו בפני בית המשפט הנכבד הפרשנויות הסותרות של בעלי הדין ושיקולי המדיניות, התומכים בפירושים השונים.

7. כעבור כחמישה חודשים ניתן פסק הדין בערעורו של הרב עידו אלבה - ע"פ 2831/95 אלבה נ' מ"י, פ"ד נ (5) 221 (להלן - אלבה). בפסק דין זה דן בית המשפט הנכבד בהרכב מורחב של שבעה שופטים בין היתר בעבירה לפי סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור. בית המשפט הנכבד אימץ את פירוש המשיבה, לפיו לא נדרשת הוכחת הסתברות כלשהי לכך שכתוצאה מפרסום הדברים תתרחש אלימות.

8. לאור פסק דין אלבה דחה בית משפט נכבד זה את ערעורו של המבקש (ע"פ 4147/95 גיבארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (4) 38). יחד עם זאת בשל הסכמת המשיבה לזיכוי של המבקש מהרשעתו לגבי שניים מתוך שלושת המאמרים, הופחת עונשו של המבקש. הקנס הופחת לסך של 5,000 ש"ח והמאסר על תנאי הועמד על שנה אחת.

9. נשיא בית המשפט העליון קיבל את בקשת המבקש, והורה לקיים דיון נוסף בשאלה "האם פירושו של סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור, התש"ח-1948 דורש כי יתקיים קשר הסתברותי - ואם כן מהו - בין פרסום דברי שבת, אהדה או עידוד לבין סיכון התרחשותם של מעשי אלימות בעקבות הפרסום".

### פסק הדין בבית המשפט העליון

10. בית המשפט העליון ציין בפסק הדין נשוא דיון נוסף זה, כי בפסק דין אלבה נבחנה ופורשה העבירה שבסעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור. "ומשהארכנו בפרשה ההיא, נוכל עתה לקצר" (שם, בעמ' 40). לפיכך יש לבחון את הפרשנות, שניתנה להוראת החוק בפסק דין אלבה.

## פסק דין אלבה

11. פסק הדין בפרשת אלבה ניתן על ידי הרכב מורחב של שבעה שופטים. עיקרו של הדין בערעור נסב סביב העבירה של הסתה לגזענות, והצדדים מיקדו את טענותיהם בעבירה זו. כפי שהדגיש השופט מצא, שכתב את פסק הדין העיקרי: "המערער משיג על הרשעתו בשתי העבירות [הסתה לגזענות ופרסום דברי שבח למעשי אלימות, ד' י'], אך את רוב ועיקר טענותיו בפנינו הקדיש סניגורו להרשעה בעבירת פרסום הסתה לגזענות" (אלבה, בעמ' 248). ועוד בהמשך: "בשל פרסום המאמר הורשע המערער, כאמור, גם בעבירה לפי סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור. בערעורו השיג המערער גם על צדקת הרשעתו בעבירה זו, אלא שהסניגור, ובעקבותיו גם באת-כוח המדינה, שהרחיבו בטיעוניהם אודות ההרשעה בפרסום הסתה לגזענות, כמעט ולא טענו דבר לעניין ההרשעה בעבירה נוספת זו" (שם, בעמ' 282; ההדגשה שלי, ד' י').

בעקבות טיעוני הצדדים אף בית המשפט לא דן בהרחבה בפרשנות יסודות העבירה לפי פקודת מניעת טרור.

## פסק דינו של השופט מצא

12. השופט מצא הגיע למסקנה, כי הפרשנות הנכונה של יסודות העבירה היא, כי אין היא כוללת יסוד של תוצאה בכוח. כדי שנאשם יורשע בעבירה זו אין צורך להוכיח שדברי השבת, האהדה או העידוד עלולים היו להביא למעשי אלימות, שיגרמו למותו של אדם או לחבלתו, אלא די בכך שמעשי האלימות, שהפרסום משבחם או מעודדם, והם מסוג העלול לגרום לתוצאות אלו (עמ' 282-286).

13. השופט מצא הגיע למסקנה זו בהתבסס על שלושה טעמים:

- א. לשון הסעיף - דברי שבת, אהדה או עידוד אינם יכולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, אלא אך ורק מעשי האלימות.
- ב. לשון סעיפים אחרים בפקודה - הצירוף "מעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו" מופיע הן בהגדרת "ארגון טרוריסטי" בסעיף 1 לפקודה והן בסעיף 7(א) ו-7(ב) לפקודה, ובסעיפים אלו ברור, כי הדיבור "עלולים..." מתייחס למעשי האלימות.
- ג. התכלית החקיקתית - הפירוש מתחייב מתכליתה של הפקודה, שהיא מניעת טרור.

14. השופט מצא הדגיש, כי דברי השבת, האחדה או העידוד אינם צריכים להתייחס דווקא למעשי אלימות של ארגון טרור, אך עליהם להתייחס למעשי אלימות מן הסוג המאפיין פעילות טרוריסטית (אף אם הפעילות היא של יחיד או קבוצה, שאינם מזוהים כתברי ארגון טרור).

עוד מציין השופט מצא, כי הגדרת האיסור רחבה. היא צופה פני עבר ופני עתיד כאחד. היא מתייחסת לפרסום דברי שבת למעשי אלימות שכבר בוצעו כמו גם לעשיית מעשי אלימות בעתיד. "ההנחה הגלומה באיסור היא, שעצם הפרסום של דברי תמיכה בפעילות המאפיינת ארגון טרוריסטי יש בו כדי לסכן את שלום הציבור ובטחונו" (עמ' 286).

#### **פסק דינו של הנשיא ברק**

15. הנשיא ברק הצטרף לפרשנותו של השופט מצא (עמ' 303-304). יחד עם זאת הדגיש הנשיא, כי העבירה כוללת בחובה יסוד בעל אופי סיבתי. על התביעה להוכיח, כי מעשי האלימות, שבשבתם דיבר הנאשם, אכן עלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו. ובעניין זה נוטה הנשיא, מבלי להכריע בדבר, ולאמץ את מבחן הוודאות הקרובה.

#### **פסק דינו של השופט גולדברג**

16. השופט גולדברג הסכים אף הוא עם פרשנות הסעיף (עמ' 316). לדבריו, הפער בין הערך הפנימי הנמוך של הפרסום לבין הערך של חיי אדם, העומד מולו, ושעליו בא סעיף 4(א) להגן, הוא גדול ביותר. הפגיעה בערך זה יסודה בעצם תוכנו של הפרסום, ואין סיבה לבדוק את הסתברותה של הסכנה.

#### **פסקי הדין של השופטים האחרים**

17. שאר שופטי ההרכב לא הביעו דעה מפורטת בסוגיה זו. השופט בך הסכים עם פרשנותו של השופט מצא (עמ' 304). השופט דורנר הצטרפה אף היא לפסק הדין של השופט מצא (עמ' 316). שופטי המיעוט אף הם לא הרחיבו לגבי עבירה זו. השופט טל ציין, כי דבריו לגבי העבירה של הסתה לגזענות יפים גם לעניין עבירה זו (עמ' 328). השופט טירקל מציין בפתח פסק דינו, כי היה מזכה את המערער מן העבירות של הסתה לגזענות ופרסום דברי שבת למעשי אלימות (עמ' 329).

## הבעייתיות בפרשנות שאומצה

18. **הפרשנות**, שאימץ בית המשפט בעניין **אלבה**, היא פרשנות חובקת **עולס** כפי שהדגיש השופט מצא, העבירה צופה הן פני עבר והן פני עתיד. פרשנות זו תוצאתה אחת – פגיעה קשה ובלתי מוצדקת בחופש הביטוי, בחופש העיתונות ובחופש האקדמי. פרשנות זו אף סותרת את ערכי היסוד בדבר זכויות האדם, את התכלית הפרטיקולרית של הפקודה, את עקרונות היסוד של המשפט הפלילי ואת עקרונות הפרשנות בפלילים.

19. כך, למשל, פרשנות זו עלולה להעמיד בסכנת הרשעה את מי שכותב מחקר על מרד בר כוכבא או על פעילות המחתרות ערב קום המדינה. היא עלולה להעמיד בסכנה דומה את מי שיתבטא בשבח מעשי אלימות חוקיים, כגון שימוש בכוח כהגנה עצמית, שימוש בכוח על ידי רשויות הבטחון או אלימות, המותרת כסעד עצמי על פי דין.

להלן נרחיב בשיקולי המדיניות השונים, וננסה להראות כיצד עקרונות היסוד של השיטה מחייבים לאמץ את הפרשנות המוצעת.

### על חופש הביטוי

20. הגיונות חופש הביטוי וטעמיו נדונו לא אחת בעבר, ודומה כי הם ברורים וידועים. עניינה של חירות הביטוי הוא הן בדובר והן בקהל המאזינים, הן באינטרס האישי של המתבטא והן באינטרס החברתי של גילוי האמת ושל קיום ההליך הדמוקרטי. די לנו אם נפנה בעניין זה לדברי שופטים ומלומדים.

בג"צ 73/53 קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 876-878 ;  
בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255, 272-277 ;  
בג"צ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט (2) 529, 539-542 ;  
א' ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיהן משפטיים" כז (תשנ"ז) 223, 227-228 ;  
א' ברק "חופש הביטוי ומיגבלותיו" הפרקליט מ (תשנ"א) 5, 10-6 ;  
א' דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 377, 379-384 ;  
א' רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה חמישית, תשנ"ז) ב 1002-999.

21. לענייננו חשוב להדגיש, כי ביטוי, העלול לחסות תחת יסודות העבירה שבסעיף 4(א), עשוי להגשים טעם זה או אחר מטעמי חופש הביטוי, ולעתים אף כמה טעמים בעת ובעונה אחת. הביטוי יכול לשאת אופי פוליטי-אידיאולוגי כמו גם אופי ספרותי. הוא יכול להיות פרי של

מחקר אקדמי או פרי של יצירה אמנותית. הביטוי יכול שיהיה הבעת עמדה ציבורית כמו גם יכול שיהא הבעתה של המיית לב אישית. כזה הוא המאמר, בגינו הורשע המבקש. זהו מאמר פובליציסטי-פוליטי תוך שהוא נושא גיפך ספרותי. משמע, הביטוי בענייננו משתייך ל"גרעין הקשה" של חופש הביטוי, הזוכה להגנה הרחבה ביותר.

בג"צ 606/93 קידום יזמות ומן"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח (2) 1, 13.

### חופש הביטוי וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

22. אמנם טרם נקבעה הלכה מפורשת בשאלה אם חופש הביטוי מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך נראה, כי זו הנטייה הרווחת בפסיקה.

ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז (5) 189, 201 ;  
רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח (1) 251, 265 ;  
בג"צ 2481/93 דין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח (2) 456, 468 ;  
סג"צ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מז (2) 812, 827.

23. לאתרונה נדונה הסוגייה בע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136. השופט מצא הביע דעתו, כי חוק היסוד עיגן את מעמדו החוקתי של חופש הביטוי: "שכן, מהו כבוד האדם ללא החירות היסודית הנתונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו; לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו?!" (שם, בעמ' 156-157).

24. "השופט דורנר הסתייגה מקביעה גורפת, לפיה חופש הביטוי "מובלע" בזכות לכבוד. זאת, לאור ההיסטוריה החקיקתית של חוקי היסוד. יחד עם זאת קבעה השופט דורנר, כי "כאשר שלילת חופש הביטוי משפילה את האדם ופוגעת בכבודו באשר הוא אדם, אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד הקבועה בחוק היסוד כך שהשפלה זו לא תיחשב כפוגעת בה". ובהמשך: "פעולה הפוגעת בחופש הביטוי תיחשב כפוגעת בזכות לכבוד האדם, כמשמעותה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, רק אם פוגעת היא באופן מובהק בטעם "האישי" שביסוד חופש הביטוי, להבדילו מן הטעמים החברתיים שביסודו" (שם, בעמ' 191-192).

25. השופט חשין ציין, כי פרשנותו של השופט מצא אפשרית, אך הוא העדיף שלא להכריע בסוגיה (שם, בעמ' 187). יחד עם זאת גם השופט חשין בחן את הפגיעה בחופש הביטוי באותו עניין על פי המבחנים של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד (שם, בעמ' 180).

26. בית המשפט קבע זה מכבר, כי זכויות האדם הן חלק בלתי נפרד מן התכלית הכללית של החקיקה, וכי חוק, הפוגע בזכויות יסוד, יפורש בצורה מצמצמת ודווקנית.

ע"א 124/70 שמש נ' רשם החברות, פ"ד כה (1) 505, 513 ;  
בי"ש 71/78 מ"י נ' אבוקסיס, פ"ד לב (2) 240, 246 ;  
ע"א 723/74 הארץ נ' חברת התשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא (2) 281, 295 ;  
א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה (תשנ"ג) 433 ואילך ;  
י' זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו) א 104.

27. לאחר חקיקת חוק היסוד קיבל עקרון זה משנה תוקף עת נפסק, כי כלי הוראת חוק, המגבילה זכות מן הזכויות, המעוגנות בחוק היסוד, תפורש לאור הוראותיו.

דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט (4) 589, 653-654 ;  
בש"פ 5648/93 אנטר נ' מ"י, פ"ד מו (5) 493, 499 ;  
בש"פ 6654/93 בינקין נ' מ"י, פ"ד מח (1) 290, 293.

כיום עקרון זה איננו אך בגדר כלל פרשני מנחה, אלא הוא ציווי חוקתי מחייב בית המשפט. הוא רשות מרשויות השלטון, והוא מפעיל סמכויות שלטוניות. אף בית המשפט כפוף בפעולתו להוראות חוק היסוד.

סעיף 11 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו ;  
בג"צ 7357/95, 1479/96 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ ואח' נ' מ"י ואח', פ"ד נ (2) 769, 786 ;  
בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח (2) 491, 501.

28. לפיכך בבוא בית המשפט לפרש דין ישן, הוא עצמו כפוף להוראות פסקת ההגבלה. מבין הפרשנויות האפשריות של החוק, תיתכן פרשנות חוקתית ופרשנות שאינה חוקתית. מבין שתי אלו על בית המשפט לאמץ את הפרשנות החוקתית. מבין שתי פרשנויות חוקתיות אפשריות, על בית המשפט לאמץ את הפרשנות, המתיישבת יותר עם הזכות החוקתית והמגבילה אותה פחות. זאת, אף אם יש בכך משום סטייה מסוימת מכוונתו המקורית של החוק.

דנ"פ גנימאת הנ"ל, בעמ' 653 ;  
י' אנגלרד חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (פירוש לחוקי התוזים, ג' טדסקי, עורך) (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 14.



## עקרונות יסוד בדיני עונשין

29. עקרון יסוד בדיני העונשין הוא, שאין לקבוע עבירה בלא מידה מינימלית של סכנה לציבור. עמד על כך פרופ' ש"ז פלר באמרו:

"הסכנה לציבור, המקופלת בעבירה הפלילית, היא מאפיין אובייקטיבי שלה... זה גם מאפיין הכרחי של העבירה, מאחר שבלעדי הסכנה לציבור, הטבועה בעבירה, אין כל טעם וכל הצדקה לאיסורה ולענישה עליה"

דיני עונשין (תשמ"ד) א 57.

30. קביעתו של איסור פלילי מהווה הגבלה על חופש הפעולה של הפרט, ובכך נפגעת זכותו של אדם לחירות. פגיעה זו תהיה מוצדקת רק אם היא באה למנוע רעה - כדוגמת סכנה לשלום הציבור - ורק אם היא מתיישבת עם עקרונות היסוד של השיטה, כפי שנקבעו, בין היתר, בחוק היסוד. דברים, שאמר פרופ' קרמניצר על חקיקת הוראות עונשיות לאור חוק היסוד, יפים, בשינויים המחוייבים, גם לגבי פרשנות החקיקה:

"Therefore, from now on, **criminal legislation must be compatible with the values of the State of Israel as a liberal democracy**. Such a state resorts to the criminal law only when it is necessary and vital (*Erforderlichkeit*), when it can be beneficial (*geeignet*), and when it is a proper, appropriate means for achieving the end (*angemessen*). The starting point is one of residuality: Criminal law is a social means of last resort - it is intended to protect the most vital social interests against particularly severe infringements, when there is no less intrusive means for defending those interests. The demand for proportionality, expressed in sec. 8, expresses the principle that criminal proscription is a necessary evil of last resort."

M. Kremnitzer "Constitutional Principles and Criminal Law" 27 Is.L.R. (1993) 84, 86-87.

## על הפרשנות בפלילים

31. סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 קובע כדלקמן:

"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".

סעיף זה מנחה את השופט הפרשן להגשים את תכליתו של החוק תוך שמירה מירבית על הזכות לחירות ועל זכויות היסוד האחרות של הנאשם. על מהותו של סעיף זה עמד השופט גולדברג בפרשת אלבה:

"סעיף זה מעגן בחוק את הפרשנות התכליתית בפלילים, והוא מחייב את בית המשפט להפעילה. כלל הברירה שבו נוגע הן למצב בו תכלית החוק אינה מצביעה בבירור על אלטרנטיבה פרשנית אחת לחוראה, והן כאשר קיימת יותר מתכלית אחת לחוק. וכשבכל מקרה כזה שומה על הפרשן לבחור בפרשנות המטיבה עם הנאשם" (בעמ' 311).

## התכלית הפרטיקולרית של הפקודה

32. עמדנו לעיל על התכליות והעקרונות הכלליים של שיטתנו המשפטית. עתה נפנה לבחון את ההסטוריה החקיקתית ואת התכלית הפרטיקולרית של פקודת מניעת טרור.

33. הרקע ההיסטורי לחקיקת הפקודה עולה בבירור מעיון בפרוטוקול הישיבה של מועצת המדינה הזמנית מיום 23.9.48, בה אושרה הצעת הפקודה למניעת טרור (מועצת העם ומועצת המדינה הזמנית א' 4; ראו נוסח ההצעה שם, בעמ' 31). הסעיף הראשון על סדר יומה של אותה ישיבה היה הודעת ראש הממשלה דוד בן גוריון על רצח הרוזן ברנדוט ועל האמצעים שנקטה הממשלה בעקבות רצח זה. בהודעתו דיווח ראש הממשלה על התקנת תקנות שעת חרום למניעת טרור, תש"ח-1948, "שעל פיהם אפשר יהיה להעניש לא רק את מבצעי הטרור - לכך מספיקים החוקים הקיימים - אלא גם חברי הארגון הטרוריסטי, אם גם הם גופם אינם משתתפים במעשי-הטרור, ואת עוזריהם ומעודדיהם בכסף או בתעמולה או באיזה סיוע אחר" (שם, בעמ' 6; תקנות שעת החירום פורסמו בע"ר תוס' ב 145).

34. המטרה של חקיקת הפקודה היתה להעמיד לרשות הממשלה אמצעים יעילים כדי להילחם בתופעה של "הארגונים הפורשים" ושל המשך קיומה של מסגרת צבאית נפרדת גם לאחר קום המדינה והקמת צה"ל. ואמנם עוד בטרם חקיקת הפקודה ובהסתמך על תקנה 8 לתקנות שעת תרום (שבוטלו בסעיף 22 לפקודה), הכריזה הממשלה על לח"י כארגון טרוריסטי (ע"ר תשי"ח 142).

35. על החומרה היתרה שבהוראות הפקודה עמד בית המשפט בסמוך לאחר חקיקתה. הנשיא זמורה הדגיש, כי הפקודה עלולה לפגוע קשות בחירויות האזרח, אך בשעת חירום אין מנוס מכך: "כאשר בטחון המדינה ושלומו הציבור הנם בחזקת סכנה חמורה, יש והכלים המשפטיים הרגילים אינם מספיקים והכרחי להעדיף את צרכי בטחון המדינה על שמירת זכויות האזרח" (בג"צ 16/48 ברוך נ' ראש הממשלה ושר הבטחון ואת', פ"ד א 109, 112; ההדגשה הוספה).

36. לאחרונה עמד על כך השופט זמיר, ודברים, שאמר לגבי ההכרזה על התאגדות כארגון טרוריסטי, יפים בשינויים המחוייבים אף לענייננו:

"ברור כי האיסורים שנקבעו בפקודת מניעת טרור פוגעים באורח קשה בזכויות היסוד, ובהם גם חירות האסיפה. מבחינה זאת הפקודה פוגעת בנשמת הדמוקרטיה. לפן אין לה מקום בדמוקרטיה, אלא אם הדמוקרטיה נתונה בסכנה, וכל זמן שהיא נתונה בסכנה, ואיסורים כאלה נדרשים כדי להגן עליה מפני צר ואויב. הווי אומר, רק נסיבות קיצוניות יכולות היו להצדיק את חקיקת הפקודה, ולאחר מכן רק נסיבות קיצוניות יכולות להצדיק את הפעלתה, כדי להכריז על חבר בני אדם שהם ארגון טרוריסטי".

בג"צ 6897/95 כהנא נ' תת-ניצב קרויזר, פ"ד מט (4) 853, 858.

37. תכליתה הפרטיקולרית של הפקודה כמו מובנת מאליה. השופט מצא קבע, כי התכלית היא מניעת טרור (אלבה, בעמ' 285). אף השופט זמיר הדגיש, כי "התכלית ברורה מאליה: לעקור טרור קיים מן השורש, ולמנוע טרור חדש, שלא יצמח מאותו שורש... הפקודה נועדה למנוע שפיכות דמים..." (בג"צ 6897/95 הנ"ל, בעמ' 863).

## מסקנות ביניים

38. לעתים מזומנות קיים מתח בין לשון החוק לבין תכליתו, בין התכלית הפרטיקולרית של החוק לבין התכלית הכללית של כל דבר חקיקה, בין העקרונות הכלליים של דיני העונשין לבין עקרונות הפרשנות בפלילים ועוד כיוצא באלה מתחים פרשניים.
39. לא כך הוא בענייננו. כל העקרונות, התכליות, הערכים, הזכויות והאינטרסים מובילים כולם לאותה תוצאה, והיא - החלת המבחן ההסתברותי על העבירה שבסעיף 4(א).
40. חופש הביטוי כזכות על במשפטנו וההגנה החוקתית על חופש הביטוי מחייבים לצמצם את תחום התפרסותה של העבירה, כדי שלא לפגוע למעלה מן הנדרש בזכות היסוד. חירות הביטוי תיסוג רק כאשר תתקיים הסתברות לכך שמהביטוי נשקפת סכנה. במקרה כזה הפגיעה בחופש הביטוי תהיה מוצדקת, ותעלה בקנה אחד עם יסודות פיסקת ההגבלה שבחוק היסוד. בהעדר כל חשש לסכנה מעין זו אין הצדקה לקביעה, שביטוי כלשהו הוא עבירה. זיתור על היסוד ההסתברותי יגביל קשות את חירות הביטוי, ויכניס תחת כנפי העבירה קשת נרחבת של התבטאויות, כגון מחקר אקדמי, המתייחס לאירועים הסטוריים, שהתרחשו לפני מאות בשנים (על ההגנה המיוחדת, לה זכאי החופש האקדמי, ראו דברי השופט טירקל בעניין אלבה, בעמ' 335).
41. אף עקרון היסוד בעונשין, לפיו אין עבירה בלא סיכון מינימלי לציבור, תומך בפרשנות זו. כפי שהדגיש השופט מצא בעניין אלבה (בהקשר מעט שונה), מלים אינן יכולות לגרום למותו של אדם או לחבלתו (בעמ' 284). יחד עם זאת מוצדק לפגוע בחירות ולקבוע כעבירה התבטאות, היוצרת סיכון לפגיעה בחיים או בגוף.
42. גם בחינת ההסטוריה החקיקתית והתכלית הפרטיקולרית של הפקודה תובילנו למסקנה דומה. תכלית הפקודה היא מניעת טרור. העבירה שבסעיף 4(א) לפקודה חורגת, לכאורה, מתכלית זו והיא יוצאת דופן לעומת העבירות האחרות, המפורטות בסעיף 4, שכן אין היא מתייחסת מפורשות לארגון טרור דווקא. פרשנותו של השופט מצא, לפיה העבירה מתייחסת אך ורק למעשי אלימות מסוג המעשים, המבוצעים על ידי ארגון טרור, מקרבת את העבירה לתכלית הפקודה (אלבה, עמ' 285). \* יחד עם זאת שלילת היסוד ההסתברותי אין בה כדי להגשים את תכלית הפקודה - מניעת טרור. דווקא באימוץ הפרשנות המוצעת, לפיה העבירה משתרעת על ביטוי, שיש בו כדי ליצור סכנה למעשי אלימות מסוג אלה המאפיינים ארגון טרור, יש כדי להגשים את תכלית הפקודה.

43. אם יטען הטוען, כי אף הפירוש ההתנהגותי מגשים את תכלית הפקודה - על כך נשיב, כי למצער אין דבר בפירוש ההסתברותי שאינו עולה בקנה אחד עם הגשמת התכלית של הפקודה, וכיוון ששני הפירושים אפשריים יש להעדיף את הפירוש ההסתברותי, שכן זהו הפירוש המקל עם הנאשם, כמצוות סעיף 34כא לחוק העונשין.

44. לשון החוק היא, כמובן, נקודת המוצא לכל דיונו. אין חולק, כי מבחינת לשון החוק שני הפירושים אפשריים. אך אף אם לשון הסעיף נוטה יותר לעבר הפירוש ההתנהגותי, ואף אם ההשוואה עם לשון הסעיפים האחרים תומכת בפירוש זה, לשון החוק היא לעולם קו הזינוק של השופט הפרשן, אך אין היא קו הגמר. ההתכלית הכללית והתכלית הפרטיקולרית, ההגנה החוקתית ועקרונות הדין בפלילים והפרשנות בפלילים מטים כולם את הכף בבירור לטובת הפירוש ההסתברותי.

עי"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מ"י, פ"ד מה (4) 364, 395-396 ;  
בג"צ 267/88 רשת כוללי האידרא נ' בית המשפט לעניינים מקומיים, פ"ד מג (3) 736, 728 ;  
עי"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט (3) 205, 217-218 ;  
א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה (תשנ"ג) 277-280.

45. אם למרות כל האמור לעיל יקבע בית המשפט, כי אין עיגון ליסוד ההסתברותי בלשון הסעיף, מן הראוי לאמץ מרכיב זה כדרישה יצירת פסיקה. העבירה שבסעיף 4(א) פוגעת בחופש הביטוי. על בית המשפט לשמור מכל משמר שהגבלת חירות הביטוי לא תהיה מעבר לנדרש. יפים לענייננו דבריו של הנשיא ברק לגבי העבירה של הסתה לגזענות:

"פרשנות ראויה של האיסור הפלילי צריכה להבטיח -  
במסגרת כללי הפרשנות המקובלים - כי פגיעה זו לא תהא  
מעבר למידה הדרושה יש לשמור היטב על הגבול שבין  
\* הטפה להסתה; יש להבטיח מכל משמר, כי האיסור  
הפלילי יצומצם להכרחי ולחיוני כדי להגשים את התכלית  
הראויה, וכי הוא לא יפגע בחופש הביטוי מעבר לנדרש"  
(אלבה, בעמ' 294).

רק אימוץ המבחן ההסתברותי יבטיח את ההגנה הראויה על חופש הביטוי ואת המידתיות של הגבלתו. על החשיבות שבאימוץ מבחן הסתברותי ראו עוד (מצ"ב) את מאמרו של ד"ר אלון הראל "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן האפשרות התממשות הנזק":  
\* חשיבה מחודשת" משפטים ל (תשנ"ט) (טרם פורסם).

## מניעה מוקדמת מול ענישה מאוחרת

46. המשפט הישראלי צועד בעקבות המשפט האמריקאי בגישתו, כי מניעה מוקדמת של ביטוי היא הגבלה חריפה יותר מענישה מאוחרת:

"ההגבלות החריפות ביותר הן אלה המונעות מראש את הביטוי. איסור מראש מונע את עצם הפרסום. הנזק הנגרם לחופש הביטוי הוא מייד. ההגנה הניתנת לערכים האחרים הראויים להגנה היא המלאה ביותר. הגבלה פחות חריפה היא האחריות הפלילית או האזרחית של המתבטא. בשיטה זו, הביטוי רואה את אור העולם 'מראש', אך המתבטא נושא באחריות 'בדיעבד'. אם האיסור מראש 'מקפיא' את הביטוי, הרי האחריות בדיעבד 'מצננת' אותו".

בג"צ Universal City Studios Inc. 806/88 המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג (2) 22, 35.

47. מכאן עשויה היתה לנבוע המסקנה, כי חופש הביטוי, הנפגע כתוצאה מענישה מאוחרת, זכאי להגנה פחותה בהיות הסנקציה פחותה בחומרתה. אך במובנים רבים לענישה מאוחרת השלכות רחבות היקף ומרחיקות לכת יותר מאשר למניעה מוקדמת. עמד על כך השופט חשין בפרשת הסרט "אימפריית החושים":

"ויוסיף עוד הטוען ויטען, כי הסנקציה הפלילית חריפה - חריפה היא פי-כמה - מהסנקציה של איסור פירסום מראש. במדינה כשלנו - והרי כולנו מצויים אנו בישראל - לו הברירה בידי, הייתי מעדיף כי יאסרו עלי פירסום ואלך לבקש סעד מבית-משפט של חוק וצדק, מאשר לעמוד למשפט פלילי וליטול סיכון שמא אשלח אל בית-האסורים, או אף אשא על גבי חטורת של מאסר על-תנאי וההרשעה תירשם בספר. אני נוטל היתר להניח שזו דעתו של חברי גם-הוא, וזו דעת הכל. בסוף-כל-הסופות, פסיקה מראש - והיא דמתקרית: pre-ruling - עדיפה על סנקציה בדיעבד. ומתוך שמשפט פלילי תמור-מכל, מוסיפה שיטת המשפט ועושה סייגים להרשעה בדין, הן

בפירושו של חוק, הן בכמות הראיות הנדרשת להכרעה, הן בהקפדה על זכויות הנאשם, קלה כחמורה.

בג"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ואח', פ"ד נ (5) 661, 720.

48. מניעה מוקדמת אמנם מונעת לחלוטין את הביטוי, אך פגיעה זו לא בהכרח תרתיע את המתבטא מלממש את חופש הביטוי שלו בעתיד. לעומת זאת עצם הגשתו של כתב אישום כנגד מי שהתבטא, לא כל שכן הרשתתו, יש לה אפקט מצנן (chilling effect) בעל עוצמה הן כנגד הנאשם והן כנגד הציבור בכללותו. הרשתתו בפלילים של עיתונאי בשל מאמר שכתב מטילה עליו סטיגמה של עבריין ומעמידה אותו בסיכון קשה של אובדן חירותו האישית. לכך עשויה להיות השפעה על כל כתיבתו בעתיד, וכן על דרך כתיבתם והתבטאותם של ציבור העיתונאים בפרט ושל ציבור הדוברים בכלל. עמד על כך השופט טירקל:

"יש לתת את הדעת על כך שעצם נקיטתם של הליכים פליליים נגד אדם בשל דברים שאמר או שכתב... עלולה לאיים על חופש הביטוי ועל החופש האקדמי של אנשים אחרים שיחששו לומר את אשר על לבם, בשל מוראם של הליכים כאלה."  
(אלבה, בעמ' 330)

בשל תוצאותיו הקשות של החליך הפלילי מן הראוי לאמץ את המבחן המחמיר יותר כדי להעניק את ההגנה המירבית למתבטא מפני העמדות ~~היון~~.

### מבחן הוודאות הקרובה

49. המסקנה אליה הגענו לאור כל האמור לעיל היא, כי העבירה בסעיף 4(א) לפקודה כוללת מבחן הסתברותי. מכאן נעבור לדון בשאלה השנייה והיא, מהו המבחן ההסתברותי הראוי.

50. מבחן הוודאות הקרובה אומץ במשפט הישראלי ~~מנוסחת האיזון המועדפת במרבית המקרים~~ על פגיעה בזכויות אדם בכלל והגבלת חירות הביטוי בפרט. בפסיקה עניפה קבע בית המשפט, כי האיזון הראוי בין חופש הביטוי לבין שלום הציבור הוא בקביעת מבחן הסתברותי מחמיר של וודאות קרובה.

בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב (4) 617, 630-633;  
ע"א 4531/91 נאסר נ' רשמת העמותות, פ"ד מח (3) 294, 304.

51. הפסיקה עסקה במניעה מוקדמת של ביטוי על ידי רשויות השלטון ולא בפירושן של עבירות פליליות. אך על כך כבר העיר הנשיא ברק:

"אמת, פסיקה זו עסקה בהפעלת סמכויות שלטוניות. היא לא עסקה בעבירה פלילית. אין בכך ולא כלום. הגישה הפרשנית המונחת ביסוד הדרישה לוודאות קרובה (או כל מבחן הסתברותי אחר), אינה מוגבלת להגבלות המוטלות על הפעלת סמכות שלטונית. היא בעלת תחולה כללית (ראה, למשל, ע"פ 126/62 דיסנצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 169). אכן, פיתוחה של "הגישה ההסתברותית" בארצות הברית נעשתה כולה דווקא בתחומי המשפט הפלילי. דבריו הידועים של השופט הולמס, אשר הניחו את הבסיס לכלל כי מותר לפגוע בחופש הביטוי מקום שיש סכנה ברורה ומיידית להתרחשות התוצאה שהמחוקק ביקש למנוע, נאמרו בפרשה פלילית (ראה *Schenk v. United States* (1919) 47 U.S. 249). הוא הדין ברוב רובן של הפרשות הידועות בתחום זה." (אלבה, בעמ' 298-299).

52. מקורו של מבחן הוודאות הקרובה הוא בפרשת קול העם, ואימוצו הושפע ממבחן הסכנה הברורה והמיידית, שפותח בפסיקה האמריקאית בשנות ה-20. מאז נזנח מבחן זה בארצות הברית, בשל ההשקפה, כי אין הוא מעניק הגנה מספקת לחופש הביטוי. תחנתו נקבע, כי ניתן להטיל אחריות פלילית בשל ביטוי, רק אם הביטוי היה מכוון להסתה, הגורמת באופן אימננטי להפרת החוק. אף אצלנו עלתה השאלה אם לא מן הראוי לאמץ מבחן מחמיר יותר, שיעניק הגנה רחבה יותר לחופש הביטוי.

על התפתחות המבחנים בארה"ב ועל המבחן הראוי במשפט הישראלי ראו א' ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז (תשנ"ז) 223, 232-233; א' ברק "הנשיא אגרנט "קול העם" - קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 129, 144 ה"ש 113.

53. לפיכך מן הראוי לאמץ את מבחן הוודאות הקרובה אף בענייננו כחומת מגן מינימלית נדרשת כדי להבטיח הגנה חוקתית ראויה לחירות הביטוי. עמד על כך הנשיא ברק:



"איזון עקרוני זה בין חופש הרייזוי ושלוה הציבור משקף תפיסת עומק של משפטנו. הוא אבן-יסוד של משטרנו החוקתי. כשופטים, עלינו לשמור על איזון זה... איזון זה משקף ערכי-יסוד. הוא מבוסס על גישה עקרונית. הוא משקיף על אופקים רחוקים. הוא צריך להיות חסין מפני זעזועים קשים שגורמים אירועים יוצאי-דופן... לבני החברה הדמוקרטית-החוקתית צריכה להיות הסובלנות לשמוע גם דעות שאינן נראות להם והצורמות את אוזניהם; עליהם לאפשר השמעת דעות המזעזעות אותם, ובלבד שאין בהן כדי ליצור סיכון קרוב לוודאי של גרימת נזק ממשי לשלוה הציבור ובטחונו. זהו הגבול שבין אמירה לפעולה; בין רעיון לביצוע; בין הטפה להסתה. שכן זאת יש לזכור: חופש הביטוי הוא הביטוי העיקרי של החופש. בלא חופש ביטוי, אין דמוקרטיה, ובלא דמוקרטיה, אין חופש ביטוי."

"תפקידו של בית המשפט העליון בחברה דמוקרטית" עיוני

משפט כא (תשנ"ח) 13, 16.

54. "אימוץ מבחן הוודאות הקרובה יבטיח, כי חופש הביטוי לא ייפגע למעלה מן הנדרש וכי מתבטאים לא יועמדו בסכנת הרשעה ואובדן חירות שלא לצורך.

### מדיניות רשויות אכיפת החוק

55. הפירוש שאומץ על ידי בית המשפט בעניין אלבה, ובעקבותיו גם בעניינינו, הוא הפירוש הרחב ביותר האפשרי. שני סייגים ניתנו לפרשנות. הסייג האחד הוא בדברי השופט מצא, לפיהם העבירה אינה מתייחסת לכל מעשה אלימות, אלא אך ורק למעשי אלימות מסוג האלימות המאפיינת ארגון טרור (אלבה, בעמ' 285). הסייג השני מתייחס לדבריו של הנשיא ברק, לפיהם על התביעה להוכיח את היסוד ההסתברותי (ככל הנראה בדרגה של וודאות קרובה), לפיו מעשי האלימות אכן יגרמו למותו של אדם או לחבלתו (אלבה, עמ' 304). אך סייג זה הוא כמעט חסר משמעות. על כך כבר העירה בצדק השופטת פרוקצ'יה (שדנה בעניין אלבה בערכאה הראשונה), כי "מרבית מעשי האלימות, אם לא כולם, עלולים להביא, לכל הפחות, לחבלתו של אדם" (דברים אלו צוטטו בעניין אלבה, בעמ' 283).

56. על פי הפרשנות, שאומצה על ידי בית המשפט, הדבר היחיד שמפריד בין כתיבת מחקר אקדמי בשבח מרד בר כוכבא לבין הרשעת כותבו של המחקר ביצירה לפי סעיף 4(א) הוא החלטת התביעה אם להגיש כתב אישום אם לאו. סעיף העבירה עצמו אינו כולל מנגנוני הגנה כלשהם מפני העמדה לדין ומפני הרשעה. כך, למשל, בניגוד לעבירות של המרדה והסתה לגזענות, לא נדרשת הסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה לצורך הגשת כתב אישום לפי פקודת מניעת טרור. ובניגוד לעבירה של הסתה לגזענות, ככל הנראה לא נדרשת כוונה מיוחדת.

57. לאור מכלול גורמים אלו נודעת משמעות מיוחדת למדיניות התביעה בהגשת כתבי אישום בעבירות לפי סעיף 4(א). אכן המדיניות המסורתית של התביעה הכללית היא, שלא להגיש כתב אישום בעבירה של ביטוי, אלא אם מתקיימת סכנה בדרגה של וודאות קרובה לשלום הציבור או לסדר הציבורי. מדיניות זו אף אושרה לא אחת בבג"צ.

י"זמיר "חירות הביטוי כנגד לשון הרע ואלימות מילולית" ספר זוסמן (תשמ"ד) 149, 156 ; בג"צ 506/89 בארי נ' ראש מדור תביעות, אגף החקירות, פ"ד מד (1) 604, 612.

58. למרות זאת הסכנה לפגיעה בחופש הביטוי כתוצאה מהגשת כתבי אישום נותרה רבה. ראשית, מדיניות תביעה זו אינה מעוגנת בדין ואף לא בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, ולפיכך ניתן לשנותה בכל עת. שנית, ואף חמור מזה, יכול להתקיים, ודומה כי כבר ניבע, פער בין הרטוריקה לבין הפרקטיקה, בין המדיניות לבין יישומה הלכה למעשה.

59. הנתונים המדויקים לגבי כתבי האישום, שהוגשו לפי סעיף 4(א), מצויים בידי המשיבה. למיטב ידיעת המבקש, בארבעים שנותיה הראשונות של הפקודה לא הוגשו, או למצער כמעט לא הוגשו, כתבי אישום לפי סעיף עבירה זה. והנה משהגיעה העבירה לגיל העמידה, ודומה היה כי היא פסה מן העולם, לפתע היתה לה עדנה. מאז 1990, וביתר שאת מאז 1994, הוגשו מספר כתבי אישום לפי סעיף זה. אין ספק, כי לא בכל המקרים נעשה הדבר לאחר שרשויות התביעה שוכנעו, כי התקיימה וודאות קרובה לסכנה לפגיעה בשלום הציבור. ומקרה זה יוכיח. כתב האישום הוגש על ידי התביעה המשטרית, מבלי שהעניין נבחן על ידי הפרקליטות. רק במהלך הדיון בערעור השני בפני בית משפט זה הודיעה הפרקליטות, כי אף בעיניה אין בשני המאמרים הראשונים, בגינם הורשע המבקש, משום עבירה. בנוסף לכך ממכלול הראיות, שהוצגו בפני בית משפט השלום, עולה, כי מפרסום המאמרים לא נשקפה סכנה בדרגת הסתברות כלשהי.

60. עמדתה של המשיבה בענייננו, לפיה לא מוטל עליה להוכיח את קיומו של היסוד ההסתברותי, מרוקנת במידה רבה מתוכן את מדיניות התביעה בהגשת כתבי אישום. אם יעמוד בעינו הפירוש שאומץ לסעיף 4(א), לא יהיה פרום נאות לבחון אם הגשת כתב

האישום היתה מוצדקת לאור מדיניות התביעה אם לאו. אמנם לכאורה פתוחה בפני הנאשם הדרך לעתור לבג"צ ולדרוש את ביטול כתב האישום, אך וודאי זו אינה הערכאה המתאימה לשמוע עדים ולבחון, אם מחומר הראיות עולה, כי מהביטוי נשקפת סכנה בדרגה של נודאות קרובה לשלום הציבור. לפיכך מן הראוי לקבוע, כי המשיבה מנועה מלטעון לפרשנות, הסותרת את מדיניותה בהגשת כתב אישום, וכי הנאשם רשאי להסתמך על מדיניות זו במסגרת המשפט הפלילי.

\* על טענת השתק כלפי רשויות התביעה ראו בג"צ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ (4) 793, 809-811.

## עמדת המשיבה

61. עמדת המשיבה בסיכומיה לוקה בשתי פירוכות בולטות, שיפורטו להלן.
62. ראשית, המשיבה חוזרת ומדגישה, כי העבירה שבסעיף 4(א) באה להתמודד עם דברי הסתה, "שמעניקים הכשר ולגיטימציה להתרת דמם של אנשים" (סעיף 16.א. לסיכומי המשיבה), וכי סעיף זה הוא היחיד, לפיו ניתן "להגיש כתב אישום בגין הסתה לאלימות חמורה על רקע פוליטי ואידאולוגי" (סעיף 39). אם כך הוא הדבר, אדרבה ואדרבה: תיכבד המשיבה ותוכיח את אופיו המסית של הביטוי, כלומר את ההסתברות לסכנה הגלומה בביטוי.
63. שנית, אף המשיבה מבינה, "כי אין אפשרות לאמץ את מבחן המסוכנות האובייקטיבית בטהרתו, דהיינו להסתפק בבחינה פנימית של תוכנו של הטקסט בהתעלם מראיות חיצוניות. כך, למשל, מציעה המשיבה לבחון במסגרת מבחן המסוכנות האובייקטיבית את "אופיו של הפרסום, נסיבותיו והקשרו: תוכן הפרסום, טבעו, פורום הפרסום, עיתוי הפרסום, מקום הפרסום, האוירה הכללית בעת הפרסום והציבור הנחשף לפרסום. בדיקה זו, כמו הערכת מידת הפגיעה הגלומה בדברים, תיעשה על ידי בית המשפט, כאמור, מתוך הפרסום גופו" (סעיף 65 לסיכומי המשיבה). וכי כיצד יבחן בית המשפט את נסיבות הפרסום והקשרו של הפרסום מתוך הפרסום גופו? ברי, כי על המשיבה יהיה להביא ראיות לצורך הוכחת מרכיבים אלו. ומכאן מתמוטטת לה התיזה, לפיה אימוץ מבחן, שידרוש הבאת ראיות מחוץ לטקסט של הפרסום עצמו, ירוקן מתוכן את העבירה.
64. על היותו של פסק הדין נשוא דיון נוסף זה יוצא דופן וחריג בשיטתנו המשפטית יעידו לא רק עשרות פסקי הדין מאז 1953, שאימצו את המבחן ההסתברותי למניעה מוקדמת של ביטוי, אלא אף שני פסקי דין, שניתנו לאחרונה ועניינם ענישה מאוחרת של ביטוי.

65. פסק הדין האחד הוא ע"פ 6696/96 כהנא נ' מ"י נשוא דנ"פ 1789/98 (ראו פסקאות 5-11 לפסק דינו של הנשיא ברק).

66. פסק הדין השני עסק בעבירה של פגיעה ברגשות דת - ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מ"י (פס"ד מיום 8.7.98). עניין סוסצקין קרוב אף יותר לענייננו. השופט אור עמד על הבעייתיות הרבה שבקבעית איסור פלילי לפגוע ברגשות דת: "איסור פלילי רחב, אשר יש בו לפגוע ברגשות, לרבות רגשות דתיים, מצוי במסלול התנגשות חזיתי עם ערכיה היסודיים של מדינה דמוקרטית" (פיסקה 14). לפיכך מתחייב אימוצו של מבחן הסתברותי. השופט אור מזהיר מפני השפעתו השלילית של אימוץ מבחן מקל:

"יש לזכור, כי טרם עשיית ביטוי כלשהו, שוררת פעמים רבות אי וודאות ביחס לאחריות אפשרית בגינו. המפרסם הפוטנציאלי, אשר אינו רוצה להיחשף לאחריות, לוקח, מטבע הדברים, שולי בטחון. הצבת רף נמוך מדי עלולה, בשל תופעה זו, לצנן ביטויים רבים, אשר אין כל תועלת במניעתם. תוצאה זו היא בלתי רצויה, ויש להימנע ממנה". (פיסקה 22)

67. לאור זאת הביע השופט אור את דעתו, כי מן הראוי לאמץ את מבחן הוודאות הקרובה (שם). בדברי השופט אור אף ניתן למצוא תשובה משכנעת לטענת משיבה, כי אין לה אפשרות לעמוד בנטל ההוכחה, הנדרש מן המבחן:

"בהעריכו את הפוטנציאל הגלום בפרסום, יידרש בית המשפט למכלול הנסיבות העשויות להשפיע על האפקט האפשרי שלו. המדובר בהערכת פועלו האפשרי של הפרסום הקונקרטי, בעת שנעשה. בראש ובראשונה יידרש בית המשפט לתכנון של הפרסום, הן מבחינת מובנו, והן מבחינת סגנונו. בית המשפט יידרש גם לנסיבות האופפות את המקרה - מהו המדיום בו נעשה שימוש, מהו קהל היעד, היכן נעשה הפרסום, ומתי הוא נעשה. עשויה להיות חשיבות לא מבוטלת, בהקשר זה, גם לשאלה האם הקהל בו מדובר הינו "קהל שבוי". על רקע כל אלה, ניתן לקבוע האם בפרסום טמון פוטנציאל ממשי לפגיעה גסה ברגשות הדת" (פיסקה 23)

68. גם בענייננו מדובר בעבירה, שתחום התפרסותה רחב ביותר, ואימוץ המבחן ההסתברותי דרוש כדי להגן על מגוון ביטויים לגיטימיים, שעלולים להיתפס ברשתה של העבירה. השארת ההלכה על כנה יוצרת סכנה ממשית לחופש הביטוי, העיתונות והמחקר האקדמי.

## הסעד המבוקש בדיון הנוסף

69. אם יקבל בית המשפט את פרשנות המבקש, ויקבע כי העבירה לפי סעיף 4(א) כוללת יסוד הסתברותי, לכאורה עליו להחזיר את הדיון להרכב, שפסק בערעורו של המבקש, כדי שתיבחן השאלה אם עלה בידי המשיבה להוכיח את קיומו של יסוד זה. אך דומה, כי שלב זה הוא מיותר, שכן אין מחלוקת שהתביעה לא נשאה בנטל זה.

70. ראשית, ראיותיה של התביעה בבית משפט השלום היו שלושת המאמרים, שכתב המבקש ושביגים הוגש כתב האישום, וכן תרגומם המוסכם. הא ותו לא.

שנית, קביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה הוכחה סכנה לאלימות בדרגה של וודאות קרובה כתוצאה מפרסום המאמרים, הסתמכה על נסיבות הזמן (תקופת האינתיפאדה) והמקום (פרסום בעתונים ישראליים בשפה הערבית) של הפרסום. אך לגבי כך כבר פסק הנשיא שמגר:

"משמעותה המעשית של הקביעה, כי זכות היסוד תיסוג מפני האינטרס הציבורי המתנגש כאשר יש חשש ברמה של ודאות קרובה להתרחשות התוצאה שאותה מבקשים למנוע, היא שיש להביא ראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות. לא די במסקנה המושתתת על חשדות וספקולציות, אלא יש צורך בנתונים בדוקים ומשכנעים. ברי כי בענייננו לא היו לפני הרשמת או לפני בית המשפט המחוזי כל נתונים לעניין זה, ובטענות כלליות בדבר "אירועי הזמן והמקום" בוודאי אין די."

ע"א 4531/91 נאסר ואח' נ' רשמת העמותות, פ"ד מח (3) 294, 308; האסמכתאות הושמטו.

ואם כך הוא לגבי החלטתה של רשות מינהלית, קל וחומר במשפט פלילי.

"למרכיבי מבחן הוודאות הקרובה ראו אבנר ברק "מבחן הוודאות הקרובה במשפט החוקתי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 371, 389-392.

שלישית, המבקש הציג בפני בית המשפט ראיות פוזיטיביות לכך שלא נשקפה מפרסום המאמרים כל סכנה (ראו תמצית הראיות בסעיפים 4 ו-6-7 להודעת הערעור בבית משפט זה).

71. מכל האמור עולה, כי אם תתקבל פרשנותו של המבקש, אחת דינו לזיכוי.

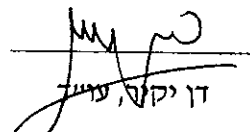
## סוף דבר

72. שנו רבותינו :

"הללו מטמאים והללו מטהרים, הללו אוסרים והללו מתירים, הללו פוסלים והללו מכשירים - אף אתה עשה אזנך כאפרכסת וקנה לך לב מבין לשמוע דברי מטמאים ודברי מטהרים, דברי אוסרים ודברי מתירים, דברי פוסלים ודברי מכשירים" (חגיגה ג).

הפרשנות המתבקשת בדיון נוסף זה באה להגן על חידות הביטוי והמחשבה ולאפשר שיח ציבורי חופשי ופתוח מבלי לפגוע באינטרסים חברתיים חיוניים. וכדברי השופט טירקל:

"נאמר בספר קהלת ש"אין אדם שליט ברוח, לכלוא את הרוח" (ח', ח'). אל נא נכלא את רוח האדם" (אלבה, בעמ' 337).

  
דן יקנה, ע"ד  
ב"כ המבקש